



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

RAFAELA BURITY CAMPELLO GONÇALVES

**A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Brasília

2017

RAFAELA BURITY CAMPELLO GONÇALVES

**A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Pereira Martins Ribeiro.

Brasília

2017

RAFAELA BURITY CAMPELLO GONÇALVES

**A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

Brasília, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

Agradecimentos

A Deus por me permitir alcançar mais um objetivo de vida, a graduação no curso de Direito.

Aos meus pais, Marcus e Cristiane, pelo apoio e pelo amor. Obrigada pelos ensinamentos e pelas oportunidades.

Às minhas irmãs, Manoella, Anne e Bella, pelo companheirismo.

À minha querida Fátima, pelo carinho e pelo suporte.

Ao meu namorado Carim Nabut, por toda paciência e incentivo.

Ao meu orientador Professor Rodrigo Pereira Martins Ribeiro, por toda a disponibilidade na orientação deste trabalho.

Às minhas amigas, Tatiana Vaz, Clarisse Cipriano, Mariana Zopelar, Mariana Cabral, Fernanda Yoshizaki, Vitória Ohfugi e Catarina Lima pela força e pela amizade.

Ao Sting, por estar ao meu lado todos os dias.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade, os limites e as vantagens na escolha da arbitragem como um meio alternativo de solução de conflitos nas controvérsias que envolvem a Administração Pública. Desta forma, em primeiro lugar, será analisado o conceito de acesso à justiça, bem como os meios possíveis de dirimir os conflitos. Após, será estudado o instituto da arbitragem, a partir de um breve histórico e dos pontos mais importantes da Lei nº 9.307/96, conhecida como Lei de Arbitragem. Em seguida, será tratado a respeito da Lei nº 13.129/2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei nº 9.307/96. Dentre as mudanças, provavelmente a mais importante é a trazida pelo §1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que passou a reconhecer a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem como meio para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, admitindo a inserção de cláusula compromissória nos contratos administrativos. O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo permitir uma melhor compreensão acerca da regra contida no §1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Meios de solução de conflitos. Arbitragem. Administração Pública. Direito Administrativo. Interesse Público.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the possibility, limits and advantages in the choice of arbitration as an alternative means of conflict resolution in the controversies involving Public Administration. In this way, first, the concept of access to justice will be analyzed and the possible ways to resolving conflicts. Afterwards, the institute of arbitration will be studied, based on a brief history and the most important points from Law n. 9.307/1996, knowned as Arbitration Law. It will be dealt with regarding Law 13.129/2015, which a real reform in the Law n. 9.307/1996. Among the changes, the most important probably is on the § 1º of art. 1º of the Law n. 9.307/1996, which now it allows for the Public Administration to use arbitration as way to resolving conflicts about property rights. Admitting the insertion of an arbitration clause in administrative contracts. This work aims to help for better comprehension about the rule in to § 1º from art. 1º of the Law n. 9.307/1996.

Keywords: Means of conflict resolution. Arbitration. Public Administration. Administrative rights. Public Interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. .9	
1.1 O acesso à justiça	9
1.2. Os mecanismos de soluções de conflitos.....	12
1.2.1 Autotutela	13
1.2.2 Autocomposição.....	14
1.2.2.1 Mediação	15
1.2.2.2 Conciliação	16
1.2.3 Heterocomposição	18
1.2.3.1 Jurisdição	18
1.2.3.2 Arbitragem	19
1.3 Meios alternativos de resolução de conflitos	20
2. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	23
2.1 Breve histórico.....	23
2.2 Natureza jurídica da arbitragem	25
2.3 Campos de atuação	27
2.4 A arbitragem.....	27
2.5 A Convenção de Arbitragem.....	30
2.5.1 A Cláusula Compromissória.....	31
2.5.2 O Compromisso Arbitral	32
2.6 O árbitro.....	33
2.7 O Procedimento Arbitral	33
2.7.1 Princípios do Processo Arbitral	34
2.8 A Sentença Arbitral.....	35
2.9 As Vantagens da Arbitragem	37
3. A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	39
3.1 Caso Lage.....	40
3.2 Capacidade para a celebração da convenção de arbitragem.	43
3.3 Arbitralidade nos conflitos envolvendo a Administração Pública.	45
3.3.1 Arbitralidade subjetiva	45
3.3.2 Arbitralidade objetiva.....	46
3.4 Arbitragem de direito.....	48
3.5 O princípio da publicidade e a confidencialidade.....	49
3.6 A escolha dos árbitros e da câmara de arbitragem.	52

3.7 Expectativas para o uso da arbitragem envolvendo a Administração Pública	55
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

Os conflitos sempre foram um fator presente na sociedade. São inevitáveis e fazem parte da evolução humana. Apesar disso, é essencial que o melhor caminho sempre seja buscado a fim de dissolver as controvérsias existentes entre os indivíduos. Desta forma, é constante a procura por métodos efetivos que garantam a paz social.

Nos dias de hoje, o Poder Judiciário não é o único capaz de dirimir os conflitos. Somado a isso, é perceptível que o Estado muitas vezes não foi preparado para resolver tantas demandas, tanto é que o Judiciário atualmente passa por uma crise, caracterizada pela morosidade e muitas vezes inefetividade, razão pela qual é cada vez maior a busca por outros instrumentos de resolução de conflitos. Dentre os principais meios alternativos de solução de conflitos, destaca-se como um dos mais eficazes a arbitragem, objeto de estudo do presente trabalho.

A arbitragem consiste em um meio de dirimir conflitos, em que o Estado é afastado e a solução é definida por um ou mais árbitros. Com foco no presente trabalho, a arbitragem também vem sendo utilizada em conflitos que envolvem a Administração Pública.

A questão da possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para resolver conflitos foi bastante polêmica na doutrina e na jurisprudência. Contudo, no dia 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015, que promoveu verdadeira reforma na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, conhecida como Lei de Arbitragem. Dentre as mudanças, provavelmente a mais importante é a trazida pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que passou a reconhecer a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem como meio para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, admitindo a inserção de cláusula compromissória nos contratos administrativos. A reforma da Lei nº 9.307/96 encerrou, em definitivo, a controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de uso da arbitragem pela Administração Pública.

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo permitir uma melhor compreensão da regra prevista no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96, com a redação atribuída pela Lei nº 13.129/2015, demonstrando assim os limites da possibilidade de a Administração Pública se submeter ao juízo arbitral.

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será analisado o conceito de acesso à justiça e suas possíveis interpretações. Ainda, será tratado acerca das ondas renovatórias do direito, desenvolvidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que indicam o movimento de aprimoramento do acesso à justiça, composto por três ondas. Em seguida, serão analisados quais são os mecanismos de solução de conflitos e sua classificação em três grupos, quais sejam: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Ao final do capítulo será explicado o que são os meios alternativos de solução de conflitos.

O segundo capítulo tratará do instituto da arbitragem, iniciando com um breve histórico, seguindo para a análise dos aspectos da arbitragem: natureza jurídica, campos de atuação, a convenção de arbitragem, o árbitro, o procedimento arbitral, a sentença arbitral e as vantagens do uso da arbitragem.

Por fim, será abordado acerca da possibilidade do uso da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Inicialmente, será tratado sobre o caso Lage, que é o *leading case* a respeito do tema. Após, serão analisados os seguintes tópicos: a capacidade para a celebração da convenção de arbitragem, arbitralidade nos conflitos envolvendo a Administração Pública, a arbitralidade de direito, o princípio da publicidade e a confidencialidade, e, por fim, a escolha dos árbitros e da câmara de arbitragem.

1. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Neste primeiro capítulo, foram reunidos pontos e conceitos essenciais à compreensão do tema abordado, tais como a importância do acesso à justiça e as metodologias de resolução de conflitos e suas divisões com o objetivo de melhor compreender os aspectos do tema explorado.

1.1 O acesso à justiça

Inicialmente, é necessário destacar que os conflitos são inevitáveis e ocorrem diariamente na sociedade. Contudo, o conflito deve ser a exceção, ocorrendo apenas quando o almejado equilíbrio social não é atingido, visto que o esperado é a harmonia e a paz social¹. Os conflitos sempre estiveram presentes na sociedade e a existência de um direito regulador não é suficiente para evitar ou eliminar os conflitos por completo². Apesar da dificuldade, muitas vezes, de dirimir os conflitos, estes não podem ficar sem solução e, por isso, o melhor caminho deverá ser buscado a fim de serem solucionados e extintos de forma justa para ambas as partes conflituosas. Adriana Silva explica:

A Justiça, por ser tema complexo e exaustivo, continua com definição aberta e em plena evolução, de tal forma que, quanto mais complexas as relações interpessoais, mais modificações vão se implementando e se incorporando à sua noção. Pode-se observar que o conceito de Justiça muda de uma sociedade para outra, moldando-se às necessidades desta: a sociedade sofre transformações assim como a ideia de Justiça e acesso a esta³.

A autora ressalta, ainda, citando Horácio Wanderlei Rodrigues, que são possíveis duas interpretações para a expressão acesso à justiça. A primeira dá à palavra “justiça” o mesmo significado de “Poder Judiciário”, portanto, torna as duas sinônimas. Ao passo que a segunda interpretação entende a expressão “acesso à

¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 22.

² ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A Mediação e a Busca pela Efetividade do Acesso à Justiça. **Revista CEJ**. Brasília, DF, ano XVIII, nº 64, p. 32-45, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1937/1861>> Acesso em 20 maio 2017.

³ SILVA, Adriana S. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do Judiciário**. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 82.

justiça” como “uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”⁴.

Cumpra esclarecer que, neste trabalho é valorizada a segunda interpretação de “acesso à justiça”, de forma que ela inclui e ultrapassa os limites do Judiciário.

De acordo com Cappelletti e Garth, o termo “acesso à justiça” é difícil de definir,

[...] mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁵.

Desta forma, o acesso à justiça não deve ser analisado como o simples direito de buscar assistência no Judiciário, mas como a uma ordem jurídica justa e como garantidora dos direitos sociais básicos.

“Quando se fala em acesso à Justiça, o objetivo direto é tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir sua propositura”⁶. Representa muito mais do que o simples ingresso no Judiciário, garante o acesso aos direitos sociais básicos a todos. O acesso à justiça pode ser considerado o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos⁷.

A partir do interesse pelo efetivo acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram as denominadas “ondas renovatórias do Direito”, que expressam o movimento de aprimoramento de acesso à justiça, composto por três ondas.

A primeira onda renovatória é a da assistência judiciária aos menos favorecidos. Os esquemas de assistência judiciária aos que não tinham condições econômicas de a custear não eram adequados na maioria dos países. Os advogados particulares prestavam os serviços sem contraprestação, razão pela qual, muitas

⁴ SILVA, Adriana S. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. BARUERI, SP: MANOLE, 2005. p.95.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 8.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1998, p. 96.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1998, p. 12.

vezes, o serviço era ineficiente. A Alemanha deu início a remuneração pelo Estado àqueles advogados que prestassem assistência judiciária. Com objetivos similares de buscar dar assistência aos menos favorecidos, a França, em 1972, criou um sistema moderno de *securité sociale*, em que o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Desta forma, os sistemas de assistência judiciária foram sendo aprimorados em vários países por todo o mundo⁸.

A segunda onda renovatória diz respeito à representação dos interesses difusos. O movimento trouxe uma revolução para o processo civil, que não tinha espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo só era visto como a solução para resolver um problema a respeito dos interesses individuais de duas partes. Isto posto, os direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam no esquema. Ainda, as regras da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram adequados para atender às demandas por interesses difusos intentadas por particulares. Foi necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido”, bem como a da noção de coisa julgada, tendo em vista que uma decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, mesmo que nem todos tenham sido ouvidos⁹.

Por fim, a terceira onda renovatória consiste em novo enfoque de acesso à justiça. Segundo Cappelletti e Garth,

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso¹⁰.

Portanto, o acesso à justiça é um movimento que se preocupa em fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que por muito tempo foram privados de uma justiça igualitária. Esse enfoque reconhece que o processo civil deve ser adaptado ao tipo de

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1998, p. 31-33.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1998, p. 49-50.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1998, p. 67-68.

litígio, considerando que há várias características que podem distinguir um litígio do outro.

É essencial que todos tenham acesso livre e pleno ao Judiciário, visto ser um direito fundamental protegido pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹. Assim, não pode o Estado se negar a solucionar qualquer conflito no qual algum indivíduo afirmar ter sofrido lesão ou ameaça de direito, já que é uma garantia constitucional¹².

Nas palavras de Cappelletti e Garth, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”¹³.

Quando não há harmonia, surge o conflito, e sendo desejada a sua solução, a jurisdição estatal apresenta-se como o meio ordinário a resolver o conflito em questão. Contudo, este não é o único meio capaz para solucionar conflitos, razão pela qual busca-se o acesso à justiça em um sentido mais amplo, que não se restringe apenas ao ingresso no Judiciário, mas se estende a garantir aos indivíduos a proteção de seus direitos lesados e uma justiça mais eficiente e efetiva, de modo célere e justo para ambas as partes conflituosas.

Verificou-se, com o passar do tempo, ser realmente importante a pacificação e a conseqüente paz social, não importando se é por intervenção do Estado ou por outros meios alternativos.

Posto isto, a seguir serão analisados os métodos de solução de controvérsias.

1.2. Os mecanismos de soluções de conflitos

¹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 maio. 2017.

¹² AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de acesso à Justiça e a Mediação**. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1998, p. 12.

Quando há conflito entre interesses distintos, a resolução pode se dar a partir dos próprios litigantes ou por meio da decisão de um terceiro alheio ao conflito. Na primeira hipótese, há uma solução parcial. Já nas resoluções de conflitos através de um terceiro que não é parte na situação, há a solução imparcial do conflito. Em outras palavras, a solução pode decorrer da vontade das partes, mesmo que estimulada por terceiro – mediador ou conciliador – ou pode ser imposta por um terceiro – juiz ou árbitro¹⁴.

Pode-se afirmar que os métodos de solução de conflitos são classificados em três grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição¹⁵.

1.2.1 Autotutela

A autotutela é o meio de solução de conflito pelo qual o próprio sujeito da relação, a própria parte do conflito busca defender e resolver o seu interesse, portanto, é a defesa que alguém faz de si mesmo. Ela é o meio em que o agente usa a própria força para alcançar as suas pretensões. É um método que não garante a justiça, considerando que prevalece a vitória do mais forte¹⁶.

Nas palavras de Petrônio Calmon,

Entende-se por autotutela a solução de conflitos em que uma das partes impõe o sacrifício do interesse da outra. É caracterizada pelo uso ou ameaça de uso da força, perspicácia ou esperteza e é aplicada de forma generalizada somente em sociedades primitivas, pois conduz ao descontrole social e à prevalência da violência.¹⁷

É considerado o meio de resolução de conflitos mais primitivo, porque não há nenhuma autoridade acima dos indivíduos capaz de decidir e dar uma solução ao litígio. As partes usam a própria força na defesa de seus interesses, logo, é um método caracterizado pela coerção. De um lado há o emprego da força por uma das partes e de outro há a outra parte que fica reprimida e submissa à decisão da parte adversa.

¹⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 16.

¹⁵ SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflito e Acesso à Justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.7-11, jul./dez. 2007. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf> Acesso em 19 maio 2017.

¹⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁷ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30.

Nessa linha, explica José Eduardo Carneira Alvim:

Nos primórdios da humanidade, aquele que pretendesse determinado bem da vida, e encontrasse obstáculo à realização da própria pretensão, tratava de removê-lo pelos seus próprios meios, afastando os que se opunham ao gozo daquele bem, imperando, assim, a lei do mais forte, em que o conflito era resolvido pelos próprios indivíduos, isoladamente ou em grupo.

Nessa época, não se tinha ainda uma noção clara da individualidade da culpa, de modo que o ataque a um membro de um tribo era considerado uma agressão à tribo inteira; pelo que provocava uma reação em massa da tribo agredida, buscando esta impor uma sanção à tribo agressora, aprisionando seus integrantes, matando-os, ou reduzindo-os à condição de escravos.¹⁸

A autotutela, em regra, não é aceita como método para dar fim aos conflitos, sendo aceita apenas em determinadas situações de urgência, como por exemplo nos casos de legítima defesa. Portanto, ela se revela uma solução egoísta, visto que apenas uma das partes do conflito restará satisfeita na pacificação da controvérsia. Além do mais, é um regime que “não garante a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou tímido”¹⁹.

1.2.2 Autocomposição

Na autocomposição, a resolução do conflito se dá pela presença de um terceiro que ajuda as próprias partes a solucionarem seu conflito. Diferentemente da autotutela, no método em questão não há o emprego da força, nem coerção. As partes solucionam o problema a partir do consenso, portanto, as duas restam satisfeitas.

São três as formas auto compositivas: renúncia ou desistência, submissão ou reconhecimento e transação. Nas situações nas quais aquele que tem a pretensão, o titular de um direito, ceder, caracteriza-se a renúncia ou desistência. Já naquelas as quais a parte atacada do conflito ceder, denomina-se submissão ou reconhecimento. Por fim, a transação é a única que ocorre por ato bilateral. Para a solução da controvérsia, é necessário que haja concessões recíprocas²⁰.

¹⁸ ALVIM, José Eduardo Carneira. **Teoria Geral do Processo**. 2014, p. 8.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 29.

²⁰ ALVIM, José Eduardo Carneira. **Teoria Geral do Processo**. 2014, p. 14.

Todas as formas de autocomposição dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes²¹. As principais modalidades da autocomposição são a conciliação e a mediação²².

1.2.2.1 Mediação

Quando há a inclusão de um terceiro imparcial na negociação, dá-se o nome de mediação, que é um mecanismo de autocomposição representado pela presença de um terceiro imparcial que auxilia os envolvidos. Conforme o § 3º do art. 165 do Código de Processo Civil:

Art. 165.

[...]

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.²³

Nas palavras de Petrônio Calmon, a mediação:

[...] é um mecanismo para a obtenção da autocomposição caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos. Em outras palavras, mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável.²⁴

Na mediação, é essencial que ocorra a negociação. Desta forma, ou a mediação interfere em uma negociação que não tenha perspectiva de resultado positivo ou interfere em um conflito sem diálogo com o objetivo de iniciar uma negociação com frutos positivos²⁵.

²¹ ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **A Mediação e a Busca pela Efetividade do Acesso à Justiça**. 2014.

²² É necessário esclarecer que há controvérsias na doutrina acerca da divisão dos métodos de solução de conflitos. De acordo com os sujeitos envolvidos e a sistemática do processo utilizado, existe a posição de que a mediação e a conciliação seriam métodos heterocompositivos, e não autocompositivos como apresentado no presente trabalho.

²³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2008, p. 120.

²⁵ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2008, p. 119.

Em geral, quando há um conflito, as partes ficam tão envolvidas emocionalmente, que acabam ficando bloqueadas para efetuarem negociações e chegarem em uma solução. Considerando isto, a mediação possibilita as partes compreenderem e interpretarem o conflito de uma forma que não estavam praticando sem a presença da parte mediadora. O terceiro imparcial conduz as partes a entabularem um acordo elas próprias²⁶.

Neste sentido,

Nesses casos cabe ao mediador fazer sentir as partes, em primeiro lugar, que o que estão passando não é incomum e que sempre estas situações se modificarão e serão aliviadas com o tempo. As técnicas para aliviar as tensões e preparar a parte para a participação na mediação são várias e objetivam fazer as partes perderem ou modificarem o sentimento de aflição e perda, que as faz ver o problema que as aflige sob dimensões e enfoques totalmente irrealis.²⁷

Nas palavras de José Maria Rossani Garcez, “a mediação representa uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, assessoria, direito e outros serviços do campo das relações humanas”²⁸.

Na mediação, há a presença de um terceiro que aproxima as partes do conflito e estimula a sua composição. Contudo, é essencial mencionar que a resolução deve ser decidida pelas próprias partes, verifica-se, assim, que é um método que não dá tanto destaque à terceira pessoa, considerando que seu papel é o de aproximação das partes conflituosas e o de incentivo à pacificação²⁹.

1.2.2.2 Conciliação

Em muitas vezes, a conciliação foi considerada sinônimo de mediação, contudo, com o Novo Código de Processo Civil a distinção ficou clara segundo a redação do art. 165.

²⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

²⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 38.

²⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2003, p.36.

²⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. 2012, p. 91-92.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem³⁰.

Na conciliação, o agente exterior não fica limitado a auxiliar as partes a encontrarem elas próprias uma solução ao conflito. Ele pode também interferir e induzir o resultado. O conciliador é capaz de conduzir o conflito a um desfecho que não era o imaginado pelas partes.

É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.³¹

A conciliação pode ser pré-processual, quando ocorre antes da propositura da demanda, e processual, quando ocorre durante o processo³².

O Código de Processo Civil adotou a conciliação como etapa inicial obrigatória no processo judicial a ser seguido pelas partes nos casos que comportarem este procedimento. A conciliação judicial é concomitante ao processo e desenvolvida no ambiente judicial³³. O juiz, quando recebe a petição inicial, deve designar audiência de conciliação ou mediação, citando o réu e intimando-o para que compareça na audiência. Acaso o autor ou o réu não compareçam à audiência, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e poderá receber multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa. A audiência apenas não ocorrerá se as duas partes declararem ao juiz a falta de interesse na composição amigável.

³⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015.

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJ-PR. **Conciliação**. s/d. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/conciliacao>> Acesso em 12 jun. 2017.

³² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2008, p. 144-145.

³³ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2008, p. 147.

1.2.3 Heterocomposição

A heterocomposição é o método caracterizado pela intervenção de um agente externo à relação do conflito. As partes não solucionam a controvérsia com total independência, é necessária a presença de um terceiro pacificador. Considerando os sujeitos envolvidos e a sistemática utilizada nos processos, classifica-se a heterocomposição em algumas modalidades, que são: jurisdição e arbitragem.

1.2.3.1 Jurisdição

A jurisdição é a atribuição conferida ao Estado para dizer qual é o direito nas situações que são levadas ao seu conhecimento, dando a solução jurídica ao caso. É o poder que o Estado tem de fazer a justiça, resolvendo os conflitos que envolvem os particulares e até mesmo o próprio Estado. O objetivo da jurisdição é a pacificação das situações³⁴.

Em relação ao tema:

[...] a jurisdição é poder, função e atividade. É “poder”, porque decorre da potestade do Estado exercida de forma definitiva em face das partes em conflito. É “função”, pois cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica em face de uma lide. E, é também “atividade”, já que consiste em uma série de atos e manifestações externas e ordenadas que culminam com a declaração do direito e concretização do que foi consagrado no título³⁵.

A jurisdição é o poder-dever que o Estado tem de dizer o direito que incide sobre uma determinada situação que foi levada a seu exame. É uma manifestação que tem fundamento direto na soberania do Estado. Além disso, é o poder do Estado de dizer o direito, ou seja, fazer justiça, em substituição aos particulares. Em poucas palavras, consiste na atuação do Estado, nos limites da lei, para solucionar os casos concretos³⁶.

³⁴ SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflito e Acesso à Justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.7-11, jul./dez. 2007. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf> Acesso em 19 maio 2017.

³⁵ SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflito e Acesso à Justiça**. 2007, p. 95.

³⁶ SENA, Adriana Goulart de. **Formas de Resolução de Conflito e Acesso à Justiça**. 2007, p. 95.

1.2.3.2 Arbitragem

A arbitragem é o método que será tratado com maior foco no presente trabalho, razão pela qual neste tópico será feita uma breve explicação, considerando que o próximo capítulo abordará o instituto com maior profundidade.

A arbitragem é caracterizada por ser um meio privado para resolver conflitos, mediante a intervenção de um terceiro, cuja escolha deve ser convencionada pelas partes, o qual deve impor uma decisão que deverá ser obedecida pelas partes conflituosas. É de se mencionar que, na arbitragem, uma ou mais pessoas podem ser escolhidas para decidir um conflito, com base em uma convenção privada, sem a intervenção do Estado³⁷.

Pode-se dizer que há três correntes que definem a natureza jurídica da arbitragem. A primeira defende a natureza contratual ou privatista; a segunda defende a natureza jurisdicional da arbitragem; e a terceira tem natureza híbrida. A doutrina majoritária acolhe o entendimento de que a arbitragem é jurisdição, considerando o § 1º do art. 3º Código de Processo Civil, que versa: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”³⁸, formalizando, assim, a arbitragem como jurisdição no Direito Brasileiro. Reforma essa posição o art. 18 da Lei nº 9.307/96, que tem a seguinte disposição: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”³⁹.

É importante ressaltar que as decisões dos árbitros têm os mesmos efeitos jurídicos das decisões prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Nas palavras José Maria Rossani Garcez:

A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa

³⁷ OLIVEIRA, Geisa Cadilhe. Técnicas de solução de conflitos: autocomposição e heterocomposição. **Conteúdo Jurídico**, dez. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tecnicas-de-solucao-de-conflitos-autocomposicao-e-heterocomposicao,46327.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

³⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015.

³⁹ DIAS, Patrícia. Arbitragem como jurisdição no Novo Código de Processo Civil. **JUSBRASIL**, jan. 2017. Disponível em: <https://patriciadiass.jusbrasil.com.br/artigos/420226544/arbitragem-como-jurisdiacao-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 21 ago. 2017.

destas resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.⁴⁰

Para complementar, nas palavras de Roberto Portugal Bacellar, “a arbitragem pode ainda ser definida como a convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas”⁴¹.

1.3 Meios alternativos de resolução de conflitos

Meios alternativos de resolução de conflitos é a denominação mais comum utilizada para agrupar os mecanismos que permitem a resolução de um conflito fora do campo jurisdicional⁴². Os métodos alternativos de solução de conflitos representam um novo tipo de cultura na solução de litígios, que focam em tentar a negociação harmoniosamente, com o objetivo principal de pacificação social. A mediação, a conciliação e a arbitragem são meios alternativos de pacificação social, que se diferenciam pela abordagem do conflito⁴³.

Outra finalidade dos meios alternativos de solução de conflitos é a celeridade processual e a busca por aliviar o Poder Judiciário que conta com milhões de demandas judiciais que aguardam julgamento.

Conforme já exposto, o acesso à justiça deveria ser pleno a todos, já que é um direito garantido pela Constituição, contudo, a resolução de conflito por meio do processo judicial é, muitas vezes, moroso e oneroso, limitando o acesso de muitos que não tem condições de esperar e pagar.

⁴⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2003, p. 67)

⁴¹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. 2012, p. 96.

⁴² JANNIS, André. O que são os meios alternativos de Resolução de Conflitos. **Politize**, s/d. Disponível em: <http://www.politize.com.br/meios-alternativos-resolucao-de-conflitos-o-que-sao/>. Acesso em: 21 ago. 2017.

⁴³ BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. Os Métodos Consensuais De Solução De Conflitos No Âmbito Do Novo Código De Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15). **Site TJDF**, Brasília, DF, s/n, jun. 2015. Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf> Acesso em 08 jun. 2017.

Assim, muitas vezes, as soluções dos conflitos podem ser encontradas de forma mais eficaz e célere sem que seja ajuizada demanda perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, Cappelletti e Garth afirmam:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes.⁴⁴

Atualmente, a tendência é que os métodos consensuais de solução de conflitos se consolidem no cenário brasileiro. Nesta linha:

A sociedade brasileira e a própria Justiça caminham, atualmente, ao encontro de Métodos Consensuais de Solução de Demandas, por meio de instrumentos de ação social participativa. E, dentro desse raciocínio, insere-se toda filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que outras perspectivas se abram para o povo em geral, graças à facilitação do acesso pleno à Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos como a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados.⁴⁵

E mais:

Com efeito, os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos são, indiscutivelmente, vias promissoras tão esperadas, no auxílio da desburocratização da Justiça, ao mesmo tempo em que permitem um exercício democrático de cidadania e uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

Verifica-se que os Meios Alternativos de Solução de Conflito se coadunam com os princípios e valores constitucionais brasileiros. A valorosa experiência das referidas Formas Alternativas de Resolução de Controvérsias, de forma cooperada e cidadã – representam passos que avançam rumo a plena democratização do Poder Judiciário – ainda que, para se alcançar esse ideal, haja muitos desafios a serem superados.⁴⁶

Com o tempo, os métodos alternativos de pacificação social ocuparão um espaço cada vez maior, contribuindo para que o Judiciário fique menos sobrecarregado, e contribuindo para a paz social.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1998, p. 83-84.

⁴⁵ BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. Os Métodos Consensuais De Solução De Conflitos No Âmbito Do Novo Código De Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15). 2015, p. 2.

⁴⁶ BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. Os Métodos Consensuais De Solução De Conflitos No Âmbito Do Novo Código De Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15). 2015, p. 13.

É de se mencionar que, a arbitragem é um dos meios mais eficazes na resolução de controvérsias e na minimização do grande congestionamento da Justiça, caracterizada pela morosidade, conforme será demonstrado no próximo capítulo do presente trabalho.

2. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

2.1 Breve histórico

A arbitragem é uma das primeiras formas de solução de controvérsias adotadas pela sociedade. Já era utilizada na Antiguidade e na Idade Média, tendo em vista que era um meio de impedir possíveis confrontos bélicos, em se tratando da esfera do Direito Internacional Público⁴⁷. Pode-se dizer que a arbitragem tem origem consuetudinária e está presente desde 3.000 a.C., razão pela qual é um dos institutos mais antigos. Muitos conflitos se resolviam de forma pacífica a partir da formação de um tribunal arbitral⁴⁸.

Então, a arbitragem não é um instituto novo como equivocadamente é muitas vezes apresentada. Ela sempre esteve presente, desde os tempos mais remotos, e é apenas resgatada com mais ênfase em determinadas épocas. Por exemplo, duelos que levavam à morte passaram a ser arbitrados por um terceiro, que tinha como uma das obrigações aproximar os litigantes e apresentar uma solução que fosse satisfatória a ambos⁴⁹.

A Lei de Talião, frequentemente expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”, torna-se uma das disposições retiradas de uma decisão arbitral. Outro exemplo é o Código de Hamurabi, a codificação mais antiga que se tem conhecimento, que faz várias referências em seu texto a respeito de solução de conflitos a partir de um terceiro alheio à situação, escolhido pelas famílias em litígio⁵⁰.

A arbitragem teve grande importância na Grécia antiga. Na mitologia grega, é comum os deuses aparecerem como mediadores entre rivais⁵¹.

Em Roma, inicialmente, a arbitragem se desenvolveu no campo da resolução de conflitos entre Estados, depois encontrou espaço para atuar nos conflitos entre particulares. “Apesar de suas características tipicamente contratuais, estipulava-se a

⁴⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latim, 2003. p. 39.

⁴⁸ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e Conciliação: Reflexões Jurídicas para Juristas e Não-Juristas**. Brasília: Editora Consulex, 2001. p. 25.

⁴⁹ SILVA, Adriana S. Acesso à Justiça E Arbitragem: Um Caminho Para a Crise do Judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 7.

⁵⁰ SILVA, Adriana S. Acesso à Justiça E Arbitragem: Um Caminho Para a Crise do Judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 7.

⁵¹ LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **A Arbitragem e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 22.

cláusula compromissória e o compromisso, voltados a respeitar a decisão arbitral. Apresentava-se o *compromissum* como um pacto legítimo e intrinsecamente válido”⁵².

No Brasil, a arbitragem é regulada desde os tempos da colonização portuguesa⁵³. A Constituição Imperial de 1824 previa o Juízo Arbitral em seu artigo 160: “Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”⁵⁴.

O Código Comercial de 1850 previa expressamente, no artigo 294, que obrigatoriamente o juízo arbitral nas causas entre os sócios e sociedades comerciais, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou sua partilha: “Todas as questões sociais que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”⁵⁵.

Também exigia o Juízo Arbitral o Regulamento 737 de 1850 para a solução das causas comerciais em seu artigo 411. Contudo, em 1866, com a Lei nº 1.350 de 14 de setembro, houve a revogação dos dispositivos que adotavam a solução arbitral, criando assim um certo abandono à instituição da arbitragem⁵⁶.

Em 1923, o Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra, que foi reconhecido pelo ordenamento jurídico interno pelo Decreto 21.187, de 22 de março de 1932, que previa que:

[...] a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias pelos quais os Estados (ou partes) se obrigam, contratualmente, em matéria comercial ou outra suscetível de ser resolvida mediante arbitragem, a submeter suas divergências ao juízo de árbitros, ainda que a arbitragem se verificasse em um país de jurisdição diferente.⁵⁷

A possibilidade de resolução de conflitos a partir do Juízo Arbitral foi adotada pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

⁵² LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e Conciliação: Reflexões Jurídicas para Juristas e Não-Juristas**. 2001, p. 26.

⁵³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. 2003, p. 39.

⁵⁴ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 10 maio. 2017.

⁵⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. 2003, p. 39.

⁵⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. 2003, p. 39.

⁵⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. 2003, p. 40;

A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, deu início no Brasil ao avanço dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, que têm menor custo e possibilitam a resolução das controvérsias de modo célere. Na referida lei, a arbitragem está prevista nos artigos 24 a 26, de forma que não obtida a conciliação, as partes poderão optar pelo juízo arbitral.

Nos dias de hoje, a arbitragem é regulada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

2.2 Natureza jurídica da arbitragem

A natureza jurídica da arbitragem é uma questão controvertida, tendo em vista que não há um consenso em os juristas e doutrinadores. É possível afirmar que existem três correntes que interpretam a essência da arbitragem. São elas: a privatista, a publicista e a mista.

A corrente privatista valoriza a natureza do ato que deu origem à arbitragem, que, na visão dessa linha, é um ato de natureza privada. Nessa visão, a arbitragem é considerada apenas um negócio jurídico, considerando que o árbitro tem a função de dar solução ao litígio, sem, contudo, impor a sentença às partes, o qual é papel do Estado. A decisão do árbitro seria a extensão do acordo entabulado entre as partes. Portanto, o caráter privatista está presente na origem do ato e na atividade dos árbitros, que não têm o poder de executar as decisões que proferem, em outras palavras, não tem o mesmo poder de coerção dos juízes⁵⁸.

A segunda corrente, publicista, defende que arbitragem é uma verdadeira atividade jurisdicional. Nessa linha:

A segunda corrente vê na convenção arbitral – que é um negócio jurídico privado – a fonte dos poderes dos árbitros, ou, antes da vontade das partes, mas é a vontade da lei que lhes permite celebrá-la. Em outros termos, sobreleva o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a

⁵⁸ DALE, Izadora Faria Freitas Azeredo. Natureza Jurídica da Arbitragem. **JusBrasil**. abr. 2016. Disponível em: <<https://izadoradale.jusbrasil.com.br/artigos/328593576/natureza-juridica-da-arbitragem>> Acesso em 10 jun. 2017.

identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada do juiz togado.⁵⁹

A Lei nº 9.307/96 equipara a atividade do árbitro à atividade do Estado no exercício da função jurisdicional, de forma que não se pode deixar de reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem. A atividade arbitral é uma jurisdição privada, em oposição ao exercício da função jurisdicional pelo Estado⁶⁰.

Por fim, a terceira corrente afirma que a arbitragem tem natureza mista, contratual e jurisdicional. A natureza contratual está presente no momento inicial, aquele em que as partes exercem a autonomia da vontade para a convenção, e depois com a sentença arbitral é possível perceber a natureza jurisdicional⁶¹.

A posição que sustenta que a natureza jurídica híbrida parece ser a mais acertada, considerando que, de fato, no momento inicial da arbitragem é necessário o acordo de vontade entre as partes, porém, também tem natureza jurídica jurisdicional. Isto porque o artigo 18 da Lei nº 9.307/96, Lei de Arbitragem, tem a seguinte disposição: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”⁶².

Outro argumento é que o rol do art. 515 do Código de Processo Civil, que apresenta o rol de títulos executivos judiciais, faz referência expressa a autocomposição fora do Judiciário, garantindo no inc. VII o cumprimento de sentença arbitral⁶³.

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VII - a sentença arbitral.⁶⁴

Ainda, cumpre mencionar que, o Código de Processo Civil, no § 1º do art. 3º estabelece a arbitragem como jurisdição, a permitindo na forma da lei: “Não se excluirá

⁵⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. 2003, p. 42.

⁶⁰ MALAFAIA, Evie Nogueira e. Natureza jurisdicional da arbitragem. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, nº 122, ano XVII, mar. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14549&revista_caderno=21. Acesso em: 21 ago. 2017.

⁶¹ DALE, Izadora Faria Freitas Azeredo. Natureza Jurídica da Arbitragem. 2016.

⁶² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. 1996.

⁶³ DIAS, Patrícia. Arbitragem como jurisdição no Novo Código de Processo Civil. 2017

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015.

da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. É permitida a arbitragem, na forma da lei”⁶⁵.

No art. 42 do mesmo código, está disposto: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”⁶⁶. Assim, o Código de Processo Civil confirma a arbitragem como um instituto jurisdicional, assegurando as partes o direito de eleger a jurisdição arbitral para solucionar seus conflitos⁶⁷.

2.3 Campos de atuação

Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.307/96, somente podem ser levados ao juízo arbitral os conflitos que tratem sobre direitos patrimoniais disponíveis. “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁶⁸.

Nas palavras de Carmona, “diz-se que um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”⁶⁹.

Desta forma, o instituto da arbitragem não ampara as questões que não sejam patrimoniais e que não sejam direito disponível, razão pela qual nessas situações o Poder Judiciário deverá ser o meio adequado para pacificar esses casos.

2.4 A arbitragem

A arbitragem pode ser definida como um mecanismo que soluciona conflitos entre duas ou mais partes, pessoas físicas ou jurídicas, sobre os quais podem dispor

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015.

⁶⁷ DALE, Izadora Faria Freitas Azeredo. Natureza Jurídica da Arbitragem. 2016.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. 1996.

⁶⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas, isto é, um ou mais árbitros, que têm a função de decidir pelas partes por delegação expressa em convenção privada, sem estar ocupando essa função em razão do Estado⁷⁰.

A arbitragem é provavelmente o método mais efetivo para a solução de conflitos de natureza privada, em que as partes realizam um acordo, uma convenção privada, que é o compromisso arbitral.

É um instituto que contribui na pacificação social, considerando que é um potente meio de composição de conflitos, em que se retira do Poder Judiciário o papel de solucionar as controvérsias⁷¹. É importante esclarecer, contudo, que não é um método capaz de por si só resolver o problema da grande massa de processos do Judiciário e nem de resolver todas as questões conflituosas.

Nas palavras de João Roberto da Silva, “a arbitragem, contudo, não deve ser entendida meramente como uma possibilidade de acesso ao Judiciário, mas como uma garantia certa de acesso à ordem jurídica justa”⁷².

João Roberto da Silva conceitua a arbitragem como:

[...] um meio alternativo de solução de conflitos disponíveis, em que as partes, de própria vontade, pactuam suas vontades no sentido de submeterem possíveis controvérsias provenientes de contratos entre elas celebrados, ao julgamento de um juízo privado, ou seja, ao Árbitro.⁷³

Nas palavras de Carmona, a arbitragem é um “mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes”⁷⁴.

O que difere a arbitragem da mediação e da conciliação, meios autocompositivos de solução de conflitos, é a característica impositiva da solução arbitral, tendo em vista que o mediador e o conciliador não podem impor as suas

⁷⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2003, p. 67.

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 33.

⁷² SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. Leme/SP: J H Mizuno, 2004. p. 32.

⁷³ SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. 2004, p. 32-33.

⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 31.

decisões às partes, tendo a limitação de apenas sugerir e encaminhar as partes conflituosas a uma possível solução do conflito.

Há de se esclarecer que, a arbitragem é reconhecida como meio alternativo de solução de conflitos pois a referência é o processo estatal, que é o meio mais utilizado para solucionar as questões. “A alternatividade referida não diz respeito à jurisdiicionalidade do método arbitral, servindo a nomenclatura usual apenas para apartar este mecanismo de equacionamento de litígios daquele empregado pelo Estado”⁷⁵.

Quando as partes decidem adotar a arbitragem, têm duas possibilidades quanto ao órgão arbitral: ou nomeiam apenas um árbitro ou nomeiam um grupo de árbitros. Nos dois casos, a arbitragem pode ser classificada como *ad hoc* ou institucionalizada. A distinção está relacionada a sua forma de organização⁷⁶.

Na primeira modalidade, o órgão arbitral pode ser constituído exclusivamente para que determinada controvérsia seja pacificada e as partes devem definir todo o desenvolvimento da arbitragem, como, por exemplo, se a arbitragem será de direito ou de equidade⁷⁷. Na arbitragem *ad hoc*, as partes indicam as regras para a arbitragem, respeitando o que está disposto na lei. Assim, as partes definem, por meio de contrato, quais regras o árbitro deve utilizar.

Na segunda modalidade, o órgão arbitral pode ser pré-constituído. Assim, “na arbitragem institucionalizada já há uma instituição especializada em arbitrar litígios, com regulamento próprio e lista de árbitros, tudo previamente conhecido e sabido pelas partes”⁷⁸. A arbitragem institucionalizada é aquela que é estruturada por instituição específica devidamente constituída.

O art. 2º da Lei nº 9.307/96 tem a seguinte disposição:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

⁷⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 32.

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 33.

⁷⁷ SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. p. 44.

⁷⁸ SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. 2004, p. 44.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.⁷⁹

Com isso, resta claro ser ponto fundamental da arbitragem a liberdade que as partes conflituosas têm para estabelecerem a maneira que o litígio será resolvido. Portanto, o princípio da autonomia da vontade é bem valorizado, considerando que as partes são livres para definir o procedimento que irão adotar.

Contudo, é necessário esclarecer desde logo que a arbitragem que envolve a Administração Pública deve ser sempre de direito. Nesses casos, as partes não poderão optar entre a arbitragem de direito ou de equidade, limitando, assim, a autonomia da vontade das partes nessa questão, conforme se extrai do § 3º do artigo 2º da Lei nº 9.307/96: “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”⁸⁰.

2.5 A Convenção de Arbitragem

A arbitragem somente poderá ser instituída a partir da livre vontade das partes, através de um acordo denominado convenção de arbitragem. Nos termos do art. 3º⁸¹ da Lei nº 9.307/96, a convenção de arbitragem é gênero, enquanto que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies⁸².

Segundo Carmona,

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral.

Antes da lei, a inserção de cláusula compromissória levaria apenas à obrigação de celebrar compromisso; a partir da vigência da Lei de Arbitragem

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

⁸¹ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁸² ABREU, Marino Sérgio Oliveira. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. **JUSBRASIL**, ago. 2014. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/146770849/da-convencao-de-arbitragem-e-seus-efeitos>. Acesso em: 21 ago. 2017.

a mesma avença conduz diretamente ao afastamento do juiz togado e à instituição do juízo arbitral.⁸³

Resta claro, portanto, que a parte que se comprometeu, por contrato, a resolver possíveis conflitos por meio do instituto da arbitragem, deverá cumprir com o seu compromisso, respeitando o princípio contratual do *pacta sunt servanda*.

2.5.1 A Cláusula Compromissória

Cláusula compromissória é aquela em que as partes definem que eventuais disputas relativas a um contrato serão resolvidas através da arbitragem. Nas palavras de João Roberto da Silva,

Cláusula compromissória (*pactum de compromittendo*), é aquela constante no contrato realizado entre as partes, com o objetivo de levarem a termo as divergências existentes entre elas, ficando a questão submetida à arbitragem, que se realizará pelos árbitros escolhidos pelas mesmas. Mediante esta cláusula, as partes comprometem-se a aceitar a arbitragem que for realizada em seus interesses, no que se refere às divergências no tocante à matéria contratual, que poderão ocorrer.⁸⁴

A cláusula compromissória, nos termos do § 1º⁸⁵, do art. 4º da Lei nº 9.307/96, deve ser estipulada por escrito, para que facilite a prova de que o compromisso foi realizado, não sendo permitida sua forma verbal, mas se permite a inclusão da cláusula em outro documento apartado a que o contrato se refira.

Além do mais, a cláusula compromissória pode ser cheia ou vazia. Será cheia quando fizer referência, de forma expressa, as regras que conduzirão eventual procedimento arbitral surgido do contrato. A cláusula pode indicar ou uma câmara arbitral e seu regulamento ou regras particulares para guiar a resolução de eventual conflito. Por sua vez, a cláusula compromissória vazia determina apenas que as disputas serão resolvidas por meio da arbitragem, contudo, não faz qualquer referência, de forma expressa, às regras que conduzirão a referida arbitragem. Assim,

⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96.**, 2009, p. 79.

⁸⁴ SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96.** 2004, p. 49.

⁸⁵ § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado a que ele se refira.

a segunda somente afasta o Poder Judiciário como condutor da resolução de eventuais conflitos⁸⁶.

Antes da Lei nº 9.307/96, em razão de a cláusula compromissória tratar sobre fato futuro, esse ato de convenção era tido pelo nosso ordenamento como um trato preliminar em que a parte se comprometia a levar a controvérsia ao juízo arbitral, não tendo a capacidade de instituir o compromisso arbitral. Com a promulgação da lei e com o disposto no art. 3º a cláusula passou a ter o condão de instituir o juízo arbitral⁸⁷.

2.5.2 O Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral é o ato consensual a partir do qual as partes decidem submeter um conflito concreto à arbitragem. O caput do art. 9º da Lei nº 9.307/96 o conceitua como sendo “[...] a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”⁸⁸.

Este compromisso tem como requisito a existência de um conflito entre as partes, diferentemente da cláusula compromissória que deverá ser instituída anteriormente a ocorrência do litígio. O compromisso arbitral é um documento em que as partes determinam a dispensa do Poder Judiciário para resolver seus conflitos e se obrigam a se subordinarem à decisão do árbitro por elas nomeado.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral afastam, portanto, o conflito do Judiciário, deixando ao árbitro a função de decidir a controvérsia. É de se esclarecer que a diferença entre ambos é apenas temporal.

Enquanto a cláusula arbitral visa resolver futuras controvérsias através da justiça privada definindo a relação jurídica, bem como que pendências futuras serão resolvidas pelo procedimento arbitral, no compromisso arbitral temos já, a existência dos litígios, onde as partes concordam que sua solução seja através do processo arbitral.⁸⁹

⁸⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 16; 17.

⁸⁷ LIMA, Adriely Nascimento. Convenção Arbitral: cláusula compromissória e compromisso arbitral. **UFES**, S/d. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Semin%C3%A1rio%2030.07%20-%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20arbitragem.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. 1996.

⁸⁹ SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. 2004, p. 50.

2.6 O árbitro

A nomeação dos árbitros é uma das mais importantes atribuições das partes. “Os nomes dos árbitros, ou a indicação da entidade a qual as partes delegam a sua designação, são elementos necessários da convenção de arbitragem”⁹⁰.

O árbitro é aquele que irá julgar o conflito submetido à arbitragem. Nos moldes do art. 13 da Lei nº 9.307/96⁹¹, pode ser árbitro qualquer pessoa que seja capaz e que tenha a confiança das partes. Carmona define o árbitro como “a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível”⁹². Em outras palavras, o árbitro é aquele nomeado para solucionar a questão, impondo a sua decisão de forma autoritária.

As partes têm autonomia para escolher entre um único árbitro e o colégio arbitral, com a exigência de que o número de árbitros seja ímpar. Na hipótese de as partes escolherem número par de árbitros, os árbitros nomeados deverão escolher mais um para compor o colégio arbitral.

Considerando a confiança que deve existir entre as partes e o árbitro, este deverá agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, nos termos do § 6º, do artigo 13, da Lei nº 9.307/96.

É de se mencionar que, em casos de exceção de incompetência ou suspeição a decisão do árbitro não fica sujeita a controle imediato do Poder Judiciário. Contudo, em caso de rejeição da exceção, se o árbitro não reconhecer a parcialidade, o procedimento arbitral seguirá normalmente, porém, poderá a parte que se julgar prejudicada, após a prolação da sentença, pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral.

2.7 O Procedimento Arbitral

⁹⁰ LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **A Arbitragem e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 138

⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

⁹² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 228.

No procedimento arbitral, foram fortalecidos os princípios básicos do devido processo legal, bem como foi prestigiada a autonomia de vontade, já que fica a critério das partes a disciplina procedimental da arbitragem. Deste modo, as partes podem adotar o procedimento que julgarem mais adequado, desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional⁹³. Caso as partes não definam o procedimento que será adotado, o árbitro ou o tribunal arbitral tem a função de definir as normas a serem seguidas.

A instituição da arbitragem ocorre quando é aceita a nomeação pelo árbitro ou pelos árbitros. Assim, antes disso, há apenas a mera expectativa de formação do tribunal arbitral, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.307/96, o qual afirma: “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”⁹⁴.

Após a instituição da arbitragem, nos termos do § 1º do art. 19 da Lei nº 9.307/96, se o árbitro julgar necessário, poderá esclarecer alguma questão imposta na convenção de arbitragem. O documento caracteriza-se como um adendo à cláusula ou ao compromisso, passando a integrar a convenção arbitral.

Art. 19. § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)⁹⁵.

2.7.1 Princípios do Processo Arbitral

Qualquer que seja o procedimento adotado pelas partes deverão ser respeitados os princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento, conforme o § 2º do art. 21 da Lei nº 9.307/96.

É preciso dizer que a preocupação com os princípios atinge o processo arbitral, e não apenas o procedimento, pois é claro o intuito de tutelar a

⁹³ GOUVEIA, Livia. Princípios processuais constitucionais na arbitragem. 2015.

⁹⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

relação jurídica que se instaura entre partes e árbitro, e não apenas a forma e a sequência dos atos que serão praticados por uns e outro.⁹⁶

O princípio do contraditório permite que durante todo o processo arbitral as partes tenham a possibilidade de produzir provas, defender seus direitos, fazendo com que suas razões sejam levadas em conta pelo julgador ao decidir. Desta forma, não pode o julgador tomar decisões acerca de pontos fundamentais sem que haja a manifestação de ambas as partes⁹⁷.

O princípio da igualdade, que estabelece a paridade entre as partes, sustenta que os litigantes devem ter a mesma oportunidade de indicar árbitros, de produzir provas, de expor seus argumentos e de fazer valer suas próprias razões, sem privilégios ou prerrogativas.

Quanto ao princípio da imparcialidade do árbitro, é essencial que haja a garantia para as partes de que o julgador seja equidistante em relação à elas e indiferente quanto ao resultado do processo, caso contrário, não poderá haver justiça. Por esta razão que devem ser afastados do exercício da função aqueles árbitros que possam estar comprometidos com o interesse de algum dos litigantes⁹⁸.

Por fim, deve ser respeitado o princípio do livre convencimento do árbitro quanto à valoração de prova.

A natureza das coisas e a moderna ciência processual, de fato, impõem a livre convicção do juiz, livrando-o das limitações e mistérios da prova legal, tarifada, que transforma o julgador num mero autômato. Mas livre convencimento não se confunde com arbítrio, de forma que deve o julgador fundamentar a sentença, explicando os motivos de seu convencimento, como forma de possibilitar às partes o controle da decisão.⁹⁹

2.8 A Sentença Arbitral

A sentença é, sem dúvidas, o ato mais relevante e esperado no processo arbitral. É o ato através do qual o julgador põe fim ao processo. A sentença arbitral

⁹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 294.

⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 295.

⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 297.

⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2009, p. 298.

produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, constituindo título executivo, se for condenatória, como estatui o art. 31¹⁰⁰ da Lei nº 9.307/96.

É necessário esclarecer que, no processo arbitral, também há a distinção em sentenças terminativas e definitivas, sendo as primeiras de conteúdo meramente processual (extinguem o processo sem julgamento de mérito) e as segundas definem o direito aplicável ao caso concreto.

Caso nada tenha sido estipulado na convenção arbitral acerca do prazo para sentenciar, aplica-se o termo legal de seis meses, que passa a contar do momento em que a arbitragem é instituída.

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

[...]

§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)¹⁰¹

Nada impede que o árbitro ou os árbitros juntamente com as partes definam de comum acordo a prorrogação do prazo estabelecido na convenção arbitral para apresentar a sentença.

A partir do momento em que as partes tomam ciência da sentença arbitral, esta já começa a produzir efeitos e tem eficácia de título executivo para gerar efeitos e obrigações entre as partes e seus sucessores. Aqueles que assumem no compromisso arbitral a função de juízes estão investidos de jurisdição estatal e atuam como juízes de fato e de direito. Além do mais, a sentença proferida pelos árbitros é equiparada à sentença prolatada por qualquer tribunal ou juízo estatal¹⁰².

A Lei nº 9.307/96 determina, em seu artigo 18¹⁰³, que a sentença arbitral é irrecorrível, ou seja, uma vez prolatada faz coisa julgada entre as partes, tendo em

¹⁰⁰ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

¹⁰² SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. 2004, p. 82.

¹⁰³ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.)

vista que não há nenhum recurso capaz de reformar a decisão proferida pelo árbitro, através de novo julgamento, da forma que ocorre nas decisões judiciais.

Contudo, o artigo 30 da Lei nº 9.307/96, prevê uma espécie de embargos de declaração. As partes poderão, no prazo de cinco dias, contados do recebimento da sentença, solicitar ao árbitro que corrija algum erro material, esclareça algum ponto obscuro, alguma dúvida ou contradição ou se pronuncie acerca de alguma matéria omitida que deveria ter sido tratada na decisão.

Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.¹⁰⁴

Em qualquer dos casos, o árbitro ou o tribunal arbitral deverá decidir no prazo de dez dias, aditando a sentença e notificando as partes. Lembrando que é permitido apenas que as questões sejam esclarecidas ou corrigidas, o mérito da decisão não poderá jamais ser reformado.

2.9 As Vantagens da Arbitragem

Atualmente, o Brasil conta com um fluxo judiciário lento e congestionado, razão pela qual a arbitragem pode ser vista não como a solução para esse problema, mas como um remédio que o tornará mais ameno. É um método eficiente de solução de conflitos na área contratual e comercial que está sendo utilizado em muitas países desenvolvidos¹⁰⁵.

Garcez faz uma análise comparativa das vantagens da arbitragem em relação aos demais métodos de solução de conflitos citando vários fatores em que a arbitragem apresenta benefício, como, prazo menor para a emissão da sentença, especialização efetiva dos árbitros que as partes podem escolher, flexibilidade (considerando a valorização da autonomia da vontade das partes), neutralidade e

¹⁰⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispões sobre a arbitragem. 1996.

¹⁰⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2003, p.71.

justiça, efetividade e baixo impacto na continuidade do relacionamento comercial entre as partes¹⁰⁶.

Isto posto, percebe-se que a utilização da arbitragem pelo Poder Público pode ser uma estratégia para diminuir a quantidade de demandas repetitivas no Judiciário, gerando como consequência uma economia de recursos públicos, além de promover uma maior pacificação social, considerando que certos litígios são mais adequadamente resolvidos pela arbitragem. O Poder Público deve se atentar para a utilização de meios alternativos, com maior enfoque para a arbitragem, tendo em vista que nos casos adequados o interesse público é privilegiado¹⁰⁷.

¹⁰⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2003, p. 71-72.

¹⁰⁷ TONIN, Maurício Morais. Razões para o Poder Público utilizar meios alternativos de solução de controvérsias. **Arbitranet**, fev. 2016. Disponível em: <https://arbitranet.com.br/por-que-o-poder-publico-deve-utilizar-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias/>. Acesso em: 20 jun. 2017.

3. A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No dia 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129, que promoveu a reforma na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem, colocando, assim, fim a controvérsia em relação a possibilidade ou não do uso da arbitragem pela Administração Pública¹⁰⁸.

Uma das mais importantes mudanças no direito arbitral brasileiro é a prevista no § 1º¹⁰⁹ do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que passou a regular o uso da Arbitragem pela Administração Pública para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, permitindo, assim, a inserção da cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral¹¹⁰.

Ainda, foram incluídos o § 2º¹¹¹ no art. 1º e o § 3º¹¹² no art. 2º. O primeiro parágrafo mencionado afirma que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”. O segundo determina que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Algumas leis já tinham previsão do uso de mecanismos privados de resolução de conflitos, suprimindo a omissão da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos)¹¹³, como é o caso do art. 23-A¹¹⁴ da Lei 8.987/95 e do inc. III do art. 11¹¹⁵ da Lei 11.079/04,

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contatos administrativos. **Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁰⁹ § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹¹⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 12

¹¹¹ § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

¹¹² A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹¹⁴ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

¹¹⁵ III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

bem como de normas contidas nas leis sobre telecomunicações, transportes aquaviários e terrestres, energia elétrica, dentre outras¹¹⁶.

Assim, percebe-se que algumas leis já autorizavam a arbitragem envolvendo entes da Administração Pública. Ainda, a própria Lei nº 9.307/96 prevê a instauração da arbitragem envolvendo os entes públicos, bastando que haja a arbitralidade subjetiva e arbitralidade objetiva, conforme será exposto adiante¹¹⁷.

Durante muito tempo, antes da Lei nº 13.129/2015 houve resistência para utilizar a arbitragem em casos com a participação da Fazenda Pública. No Brasil, três correntes doutrinárias se formaram: (i) a que não aceita a arbitragem em casos que envolvam o Poder Público; (ii) a que admite, ainda que não exista lei específica, bastando apenas a aplicação da Lei nº 9.307/96; (iii) a que admite somente se existir lei específica para determinada atividade pública¹¹⁸.

A primeira corrente é fundada na posição de indisponibilidade do interesse público; a segunda afirma que o interesse da Administração Pública não equivale ao interesse público; e, por fim, a terceira corrente funda-se na necessidade de respeitar o princípio da legalidade¹¹⁹.

3.1 Caso Lage

Um dos primeiros marcos do uso da arbitragem pela Administração Pública foi um precedente do Supremo Tribunal Federal, conhecido como “caso Lage”, em que a União se submeteu a um juízo arbitral para resolver um conflito com a Organização Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos¹²⁰.

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contatos administrativos. 2015.

¹¹⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. São Paulo: GEN. 2017. p. 649.

¹¹⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 2017, p. 649.

¹¹⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 2017, p. 649.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20533>. Acesso em: 20 jun. 2017. p. 50-51.

Ao julgar o Agravo de Instrumento 52.181¹²¹, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela legalidade do juízo arbitral, que sempre foi consagrado no direito brasileiro, até mesmo em causas contra a Fazenda, e afirmou que pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado¹²², conforme ementa:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do supremo tribunal federal.
2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.
3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da lei n. 4.414, de 1964.
4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da lei n. 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.
5. Agravo de instrumento a que se negou provimento.

(STF - AI: 52181 GB, Relator: Min. BILAC PINTO, Data de Julgamento: 14/11/1973, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 15-02-1974 PP-*****)¹²³

Nesse caso, que é conhecido como o *leading case* a respeito do tema, por unanimidade, os Ministros reconheceram a legalidade do juízo arbitral para definir o valor devido como indenização em razão da incorporação de bens da Organização Lage durante a Segunda Guerra Mundial¹²⁴.

Outro largo passo em favor da validade da arbitragem com a Administração Pública, foi quando o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 904.813/PR¹²⁵, entendeu que “Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram

¹²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **Agravo de Instrumento nº 52.181, 13 fev. 1974.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14637444/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb/inteiro-teor-103057885?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹²² RODRIGUES, Marco Antônio dos Santo. Arbitragem e a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, n. 1, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14545/15865>>. Acesso em: 12 jun. 2017. p. 367.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **Agravo de Instrumento nº 52.181, 13 fev. 1974.**

¹²⁴ BEZERRA, Gabriel Corrêa da Costa. **Arbitragem no contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural.** Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21204/21204.PDF>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

¹²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso especial: Resp. 904.813. Processo civil. Recurso especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao edital. Cláusula de foro. Compromisso arbitral. Equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidade. 2011. Disponível em:

no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos”. Ainda, no mesmo julgado entendeu que: “O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”¹²⁶, de acordo com a ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.
2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.
4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF.
5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.
6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.
7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.
8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.
9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.
10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raías da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹²⁶ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santo. Arbitragem e a Fazenda Pública. 2014, p. 650.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 904813 PR 2006/0038111-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012)¹²⁷.

A Companhia Paraense de Gás Natural (Compagas) firmou contrato administrativo com o Consórcio Carioca Passarelli e ajuizou ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral, com o argumento de que a arbitragem não estava prevista no edital de licitação, de modo que o compromisso arbitral posteriormente firmado entre as partes seria nulo. A ação foi julgada improcedente em primeira instância, por meio de sentença posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR), dando ensejo ao recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça¹²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, considerando que o conflito submetido à arbitragem entre a Compagas e o Consórcio Carioca Passarelli envolvia direitos patrimoniais disponíveis, afastou as alegações da Compagas e negou provimento ao Recurso Especial, mantendo as decisões de primeira e segunda instância que reconheciam a validade da arbitragem¹²⁹.

3.2 Capacidade para a celebração da convenção de arbitragem.

Antes da Lei nº 13.129, havia grande divergência na doutrina e várias decisões contrárias do Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de utilizar a arbitragem envolvendo a Administração Pública¹³⁰.

Afirmava-se que, interpretando o princípio da legalidade, o administrador público não tinha a mesma liberdade de atuação que o inciso II do art. 5º da Constituição Federal conferia ao particular.

¹²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso especial: Resp. 904.813. Processo civil. Recurso especial. Licitação. 2011

¹²⁸ DELUIGGI, Marco; BORGES, Tiago Adão. Arbitragem nos contratos administrativos. **Rio Negócios**, Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <<http://rio-negocios.com/arbitragem-nos-contratos-administrativos/>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

¹²⁹ DELUIGGI, Marco; BORGES, Tiago Adão. Arbitragem nos contratos administrativos. 2012.

¹³⁰ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. São Paulo: Forense, 2016. p. 417.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;¹³¹

A Administração Pública só pode agir quando expressamente autorizada por lei, nos termos do art. 37¹³² da Constituição Federal. Portanto, se não houvesse permissão para o uso da arbitragem em certos contratos administrativos, alegava-se falta de capacidade da Administração para a prática do ato em observância à legalidade constitucional. Essa posição ao longo do tempo, contudo, foi perdendo força, conforme explicam Leonardo Campos Melo e Renato Beneduzi:

Em primeiro lugar, há uma miríade de normas contemplando, de modo específico, a opção pela arbitragem para certos litígios dos quais possa ser parte a Administração Pública, o que levava à interpretação de que a capacidade do Estado para firmar convenção decorre do seu regime constitucional e das suas próprias leis instituidoras, sendo a edição de leis especiais atividade meramente confirmadora da aptidão genérica da Administração Pública para escolher a arbitragem. Caso se pretendesse, de fato, proibir a Administração Pública de se valer da arbitragem, o que a LA jamais fez, tal proibição deveria ser expressa, pois, dotada de capacidade contratual, não se faz necessária a edição de lei autorizativa especial para tal finalidade.¹³³

A jurisprudência reconheceu a capacidade da Administração Pública para firmar convenção de arbitragem sempre que na relação jurídica forem identificados direitos sobre os quais ela tem poderes de disposição. A escolha se justifica em razão da necessidade de a Administração Pública se atentar a outros princípios e valores constitucionais, como o princípio da eficiência (art. 37, caput), da economicidade (art. 70, caput), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e da segurança jurídica (art. 1º), a não ser que haja algum interesse indisponível da coletividade que contraindique o uso da arbitragem¹³⁴.

¹³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹³² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹³³ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 420.

¹³⁴ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 420; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Lei nº 13.129, observando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que, apesar dos avanços na jurisprudência e na doutrina, continuava sendo contrária a adoção da arbitragem nos casos em que não houvesse lei específica permitindo tal escolha, determinou no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96 a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, foram afastadas as dúvidas quanto a capacidade da Administração Pública para estabelecer, nas suas relações contratuais, a convenção de arbitragem¹³⁵.

3.3 Arbitralidade nos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Nem todos os conflitos em que a Fazenda Pública está envolvida podem ser resolvidos por meio da arbitragem, razão pela qual foram estabelecidos limites subjetivos e objetivos ao seu uso. Quando um litígio é passível de ser resolvido por meio da arbitragem, diz-se que é arbitral, assim, pode-se dizer, portanto, que a arbitralidade é um requisito de validade da convenção de arbitragem. Nas palavras de Gustavo Schmidt, “a arbitralidade subjetiva delimita quais são as pessoas que podem valer-se do juízo arbitral para a resolução de conflitos; já a arbitralidade objetiva delimita as matérias que podem ser equacionadas pela via do procedimento arbitral”¹³⁶.

3.3.1 Arbitralidade subjetiva

A arbitralidade subjetiva está relacionada a quem pode ser parte numa arbitragem. Nos termos da lei, apenas os sujeitos capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para dirimir litígios. A Fazenda Pública é capaz de celebrar contratos, razão pela qual esse aspecto nunca foi questionado. Ocorre que há uma limitação da arbitragem de solucionar litígios que tratem de direitos patrimoniais disponíveis. Este

¹³⁵ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 420

¹³⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 40; 42.

é o ponto que gerou discussão a respeito da possibilidade de a Administração Pública submeter-se a arbitragem¹³⁷.

Houve muito questionamento quanto à existência ou não de disponibilidade dos direitos patrimoniais da Fazenda Pública, considerando que não havia previsão na Lei nº 9.307/96 para utilizar a arbitragem para solucionar conflitos com a participação da Administração Pública¹³⁸. Contudo, outras leis concedem essa disponibilidade como é o caso do art. 1º¹³⁹ da Lei nº 9.469/97 e do art. 10¹⁴⁰ da Lei nº 10.259/2001.

A dúvida foi verdadeiramente sanada a partir da publicação da Lei nº 13.129/2015 que esclareceu na redação do § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁴¹.

3.3.2 Arbitralidade objetiva

A lei esclarece que a arbitragem poderá ser adotada “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁴². Ocorre que, de acordo com o entendimento no Direito Administrativo, o interesse público é indisponível, ou seja, os agentes públicos, que são representantes do ente público, não podem abrir mão dos interesses que justificam sua atuação. Assim, há dúvidas em delimitar quais são os direitos patrimoniais disponíveis de titularidade do Poder Público¹⁴³. Nas palavras de Gustavo da Rocha Schmidt:

¹³⁷ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 40; 42.

¹³⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. **GenJuridico**, mar. 2016. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/> > Acesso em 14 ago. 2017.

¹³⁹ Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (Redação dada pela Lei nº 13.140, de 2015)

¹⁴⁰ Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

¹⁴¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 43.

¹⁴² RODRIGUES, Marco Antônio dos Santo. Arbitragem e a Fazenda Pública. 2014, p. 367.

¹⁴³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 44.

Isso porque, na tradição jurídica brasileira, o interesse público sempre foi enxergado como de natureza indisponível. É o que se convencionou chamar por princípio da indisponibilidade do interesse público. A premissa, aqui, é a de que os bens e interesses da Administração pertencem à coletividade e não aos agentes públicos. Cabe aos servidores públicos, por isso mesmo, gerir e conservar tais bens e direitos, não podendo, evidentemente, deles livremente dispor.¹⁴⁴

Entretanto, a indisponibilidade do interesse público não significa a indisponibilidade do processo judicial, conforme explica Marco Antônio dos Santos Rodrigues: “os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo”¹⁴⁵.

Portanto, pode-se afirmar que a indisponibilidade do interesse público não é um obstáculo a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Houve quem defendesse que apenas o Poder Judiciário poderia solucionar os conflitos que envolvessem a Fazenda Pública, uma vez que caso os árbitros privados decidissem a solução dos litígios seria o mesmo que dispor da coisa pública. Contudo, essa é uma posição minoritária na doutrina atualmente. Gustavo da Rocha Schmidt explica:

O ato de disposição do patrimônio é praticado, precisamente, para atender a um interesse público finalístico da coletividade. É da essência da atuação administrativa, para a satisfação dos interesses da coletividade a prática de atos de disposição patrimonial.¹⁴⁶

Eros Roberto Grau ensina que é injustificada a confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade dos direitos patrimoniais, um e outro não se confundem. Esclarece:

Assim, é evidente que, quando se afirma que a arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, isso não significa não possa a Administração socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados.

A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que

¹⁴⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 44.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santo. *Arbitragem e a Fazenda Pública*. 2014, p. 367.

¹⁴⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 44-45

não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum.¹⁴⁷

No mesmo sentido, Leonardo Campos Melo e Renato Beneduzi explicam:

Eis o ponto que deve ser devidamente compreendido: ao firmar a convenção de arbitragem, a Administração Pública não renuncia a direitos, não celebra transação, nem faz concessões em relação às suas pretensões substantivas – até porque, para tal finalidade, de fato seria necessária a previsão em lei, ainda que genérica. Faz-se, apenas, uma opção acerca do *método* de solução da controvérsia, e mesmo com relação ao método não há renúncia absoluta, pois o processo arbitral, para ser válido, deverá assegurar às partes todas as garantias do devido processo de lei, sem as quais a sentença nele proferida ficará sujeita à ação anulatória prevista no art. 33 da LA.

Portanto, o critério norteador para a definição da arbitrabilidade de uma disputa envolvendo a Administração Pública consiste na possibilidade de a lide ser resolvida diretamente pelas partes interessadas, sem a intervenção judicial, e desde que o direito controvertido possua efetiva expressão patrimonial. Se esses requisitos estiverem presentes, a lide será passível de composição por arbitragem.¹⁴⁸

Assim, há uma grande distância entre a premissa da indisponibilidade dos direitos patrimoniais, que o Estado deve proteger, e a conclusão de que tudo que se relaciona com a Administração configure objeto de direitos indisponíveis e, assim, como tais, não dotados de arbitrabilidade¹⁴⁹.

3.4 Arbitragem de direito.

Nas relações contratuais de natureza privada, a regra é a autonomia de vontade, de forma que os indivíduos são livres para contratar da forma que melhor lhes agradar. Contudo, a liberdade contratual não é absoluta, considerando que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe¹⁵⁰. É o que cuida o princípio da legalidade, destacado no inciso II, art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁵¹.

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. 2002, p. 57-58.

¹⁴⁸ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 426.

¹⁴⁹ BEZERRA, Gabriel Corrêa da Costa. **Arbitragem no contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural**. 2012, p. 41.

¹⁵⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 48.

¹⁵¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 48.

A Lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, dispõe que as partes são livres para ajustar-se a arbitragem será de direito ou de equidade ou se será com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Para o cidadão, o princípio da legalidade representa uma proteção de eventuais intervenções do Estado em sua liberdade. Contudo, para a Administração Pública, o princípio traduz que os entes administrativos só podem atuar conforme o que a lei autorizar ou determinar, na forma do art. 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”¹⁵².

Neste sentido, nas palavras de Gustavo da Rocha Schmidt:

Ou seja: o administrador público, seja ele agente político, seja ele servidor público, está condicionado, em seu atuar, às prescrições legais existentes. Pauta a sua atuação na lei. Faz (ou deveria fazer) aquilo que a lei determina ou autoriza. A lei, ao mesmo tempo que representa uma proteção para o cidadão contra abusos estatais, oferece segurança jurídica ao agente público quanto à licitude dos atos praticados, no exercício de suas funções. Se a Administração Pública está obrigada a atuar nos limites do direito posto, é natural que eventuais conflitos em que se envolva sejam dirimidos com base no direito aplicável. Seria um contrassenso exigir do Poder Público que atue em consonância com as normas jurídicas em vigor e, ao mesmo tempo, julgar os seus atos com base em regras de equidade.¹⁵³

Diferentemente dos particulares, os entes públicos não têm a liberdade de escolha, não podem atuar por equidade. Os conflitos nos quais a Administração Pública estiver envolvida deverão ser resolvidos com base nos princípios da legalidade e da juridicidade¹⁵⁴.

3.5 O princípio da publicidade e a confidencialidade.

Diferentemente do que ocorre com os processos judiciais, que a Constituição e as leis asseguram a publicidade, com a exceção dos processos que tramitam em segredo de justiça, segundo o art. 189 e seu inc. I da Constituição Federal, os

¹⁵² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 47.

¹⁵⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 47.

procedimentos arbitrais são privados, de modo que apenas as partes, seus representantes legais e pessoas expressamente autorizadas podem comparecer às audiências e participar do procedimento¹⁵⁵.

Nas arbitragens das quais seja parte a Administração Pública, há, por determinação constitucional, a obrigação de ser assegurada a publicidade, conforme se observa:

Art. 5º. [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;¹⁵⁶

A Administração Pública tem o objetivo de gerir os interesses da coletividade. Assim, no exercício de suas funções, os agentes públicos cuidam dos interesses da sociedade, razão pela qual devem prestar contas de seus atos, bem como devem ser submetidos ao controle social¹⁵⁷.

É por tal razão que um dos princípios da atividade administrativa do Estado é o da publicidade, como bem anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O Direito, por definição, é um sistema de normas de conduta social que devem ser gerais, abstratas e previamente conhecidas, o que está a indicar que sua publicidade é tanto um requisito lógico como uma condição para a sua execução de ofício pelo Estado, com vistas à produção derivada de

¹⁵⁵ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 430.

¹⁵⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵⁷ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 48.

quaisquer outros atos, abstratos ou concretos, uma vez que só a abertura do conhecimento a todos permitirá que se tenha deles ciência, bem como aferir-se se tais atos obedeceram ao que em abstrato para ele se prescreveu, destarte possibilitando submetê-los a controle de juridicidade.

Por isso, no Direito Público e no Administrativo, em particular, o princípio da publicidade assoma como importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade, e da moralidade da ação do Poder Público, pois será pela transparência dos seus atos, ou, como mais adequadamente ainda pode se expressar – por sua visibilidade – que se tornará possível constatar a sua conformidade ou desconformidade com a ordem jurídica, daí sua aplicação sobre as várias modalidades de controle nela previstas.

Sob outro aspecto, a publicidade, no Direito Público, constitui-se também como um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que, sem que se tenha acesso aos atos praticados pelo Poder Público, tornar-se-ia impossível controlar a ação estatal, e, em última análise, inviabilizaria a sustentação dos direitos fundamentais e tornaria uma falácia o próprio Estado Democrático de Direito.¹⁵⁸

É por isso que, com a reforma da Lei nº 9.307/96, foi associada a instauração da arbitragem aos casos que envolvem a Administração Pública com o princípio da publicidade. Os atos administrativos devem passar por um controle social e devem ser fiscalizados. Quando surgir um conflito com a participação da Fazenda Pública, sempre haverá o interesse da coletividade na solução da controvérsia, por isso a necessidade de ser respeitado o princípio da publicidade nas arbitragens que envolvam a Fazenda Pública, em respeito ao art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, com a redação atribuída pela Lei nº 13.129/2015: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”¹⁵⁹.

Desta forma, os conflitos que envolvem a Administração Pública, diferentemente do que ocorre nas arbitragens privadas, não poderão se utilizar da confidencialidade. É um dever estatal zelar pelo princípio da publicidade, assegurando a todos amplo acesso as informações que digam respeito a atividade administrativa do Estado¹⁶⁰.

Em relação a eventuais dúvidas acerca de quem deve ser responsável por tornar as informações públicas e de conhecimento de todos, Gustavo da Rocha Schmidt esclarece:

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 228.

¹⁵⁹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 48.

¹⁶⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 51.

O dever de publicidade recai, tão somente, sobre o Poder Público. A câmara arbitral seria uma mera prestadora de serviços e, por consequência, na qualidade de contratada, nenhuma obrigação teria de dar publicidade aos seus atos e, muito menos, ao procedimento arbitral que por ela é administrado. É assim – percebe-se – com todo e qualquer prestador de serviços ou fornecedor de produto que possua vínculo contratual com o Estado.¹⁶¹

Assim, compete à própria Administração Pública agir para dar transparência à arbitragem, publicando no Diário Oficial os principais atos praticados no curso do procedimento arbitral, como, por exemplo, o teor da sentença final¹⁶².

3.6 A escolha dos árbitros e da câmara de arbitragem.

A escolha do árbitro para o julgamento de um conflito é uma das decisões mais importantes que as partes devem fazer para que o resultado desejado seja alcançado. Qualquer pessoa que seja capaz e tenha confiança das partes pode ser árbitro, em que pese as partes possam inserir na convenção de arbitragem outras qualificações esperadas dos árbitros¹⁶³.

Na escolha dos árbitros em casos que envolvem a Administração Pública, Leonardo Campos Melo e Renato Beneduzi esclarecem:

No caso das arbitragens envolvendo a Administração Pública, a escolha do árbitro a ser por ela indicado deve se pautar por critérios relativos à experiência, ao conhecimento técnico das questões a serem julgadas, à especialização em determinado ramo do conhecimento jurídico ou científico, entre outros, de modo a se permitir que tal escolha se faça motivadamente e pautada por critérios passíveis de posterior verificação, tendo em vista que se trata de uma decisão discricionária do administrador.¹⁶⁴

Os árbitros exercem atividade jurisdicional, assim, deles se exige os deveres de imparcialidade, independência, competência, diligência e discricionariedade, estando impedidos de atuar caso se verifique qualquer situação de impedimento e suspeição

¹⁶¹ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 51.

¹⁶² SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. 2016, p. 51.

¹⁶³ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 447.

¹⁶⁴ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 447.

aplicável aos magistrados. Nas palavras de Leonardo Campos Melo e Renato Beneduzi:

É, portanto, o elemento jurisdicional da função dos árbitros, que culmina com a prolação de uma sentença arbitral que produz os mesmos efeitos da sentença judiciária, que torna imprópria a qualificação da sua atividade como sendo a de típica prestação de serviços e torna inaplicável a Lei de Licitações.¹⁶⁵

Quanto às câmaras de arbitragem, suas funções e competências não se confundem com aquelas confiadas aos árbitros, uma vez que elas não decidem o litígio. Sua função é administrativa para dar andamento ao processo arbitral, o mesmo que ocorre com as secretarias dos tribunais de justiça. “Em síntese, as câmaras de arbitragem são prestadoras de um serviço específico, destinado a auxiliar, administrativamente, a condução do processo arbitral”.¹⁶⁶

As partes conflituosas podem decidir se a arbitragem será instalada perante uma câmara arbitral, submetendo-se ao seu regulamento – arbitragem institucional – ou optar pela tramitação do processo em privado, sem auxílio administrativo de instituição alguma, definindo elas mesmas as regras a serem observadas no procedimento – arbitragem *ad hoc*.

Do mesmo modo que os particulares, a Administração Pública pode optar por uma forma ou outra de arbitragem – institucional ou *ad hoc* –, conforme lhe pareça mais conveniente no caso concreto, é uma decisão discricionária. Caso a Administração opte por uma arbitragem institucional, a escolha da câmara arbitral não dependerá de prévia licitação, considerando que é inexigível, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória

¹⁶⁵ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 447.

¹⁶⁶ MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. 2016, p. 447.

especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.¹⁶⁷

E ainda:

A escolha da câmara arbitral levará em conta elementos subjetivos que deverão ser avaliados pelo agente administrativo, conforme as necessidades do caso concreto: tradição do órgão institucional, qualidade do seu regulamento, localização de sua sede, reputação e experiência dos árbitros que integram a sua lista – além, é claro, do valor das custas e dos honorários dos árbitros, único elemento que admitiria aferição objetiva, insuficiente, por si só, para garantir uma escolha que bem atenda ao interesse público. Mas ainda que a licitação para escolha da câmara arbitral seja inexigível, a definição não poderá ser arbitrária e desarrazoada, devendo a Administração Pública fundamentar a sua decisão.¹⁶⁸

Assim, a escolha deve ser fundamentada pela Administração Pública, como ocorre com outras contratações.

Outro aspecto que deve ser mencionado é o momento de escolha da câmara arbitral. São duas hipóteses: a primeira é a definição da instituição arbitral na celebração do contrato; a segunda é a definição em momento posterior, quando efetivamente surge o conflito.

Os contratos celebrados pela Administração Pública para desenvolvimento de projetos de infraestrutura são de longuíssima duração, podendo durar décadas, de forma que a escolha da câmara quando da celebração do contrato pode gerar dificuldades no futuro, uma vez que nem sempre a instituição seguirá atuando e muito menos manterá as características que justificaram sua escolha. Porém, deixar a escolha para o momento que surge o conflito é arriscado, considerando que as partes envolvidas na controvérsia podem já não ter mais condições de chegar a um consenso a respeito da situação, surgindo lugar para uma discussão judicial para viabilizar a

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁶⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf>. Acesso em: 10 maio de 2017. p. 73.

própria instalação da arbitragem, nos termos previstos no art. 7º¹⁶⁹ da Lei n.º 9.307/1996.

Nos dois casos, é importante que a câmara arbitral não seja vinculada a todo o período de vigência do contrato, bem como sejam estabelecidas regras para assegurar que, em caso de necessidade de escolher a instituição arbitral no momento do conflito, não haja necessidade de se socorrer ao Judiciário, ganhando, assim, agilidade no procedimento.

3.7 Expectativas para o uso da arbitragem envolvendo a Administração Pública

Atualmente com a crise no Brasil do Poder Judiciário, alguns problemas estão sendo enfrentados com relação a jurisdição, a solução de conflitos e o acesso à justiça. Assim, há a procura por diversos outros meios capazes de colocar fim aos litígios. A tendência é que, cada vez mais, métodos alternativos como a arbitragem sejam utilizados, principalmente, em casos que envolvem a Administração Pública.

Uma grande vantagem na escolha da arbitragem é que os árbitros podem ser especialistas nos temas em questão. É de se esclarecer que os magistrados possuem grande saber jurídico, contudo, em razão da complexidade e profundidade de certos conteúdos, nem sempre é possível que sejam especialistas em todas as matérias. Assim, os casos mais complexos, às vezes, podem ser prejudicados¹⁷⁰.

Outro fator que garante benefício na opção pela arbitragem é a irrecorribilidade da sentença, que garante celeridade da composição e o melhor custo-benefício em comparação aos custos do Judiciário.

Desta forma, questões mais complexas têm mais potencial de um resultado satisfatório às partes por via da arbitragem, considerando a especialidade dos julgadores.

¹⁶⁹ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

¹⁷⁰ MOTTA, Kizzy. Vantagens da arbitragem no Direito Minerário. **JOTA**, São Paulo, 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/vantagens-da-arbitragem-no-direito-minerario-27072017>>. Acesso em 2 set. 2017.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, inicialmente, foi analisado que os conflitos sempre estiveram presentes na sociedade, e, por essa razão, a busca por meios efetivos para dirimir controvérsias é constante. Há diversos mecanismos solucionadores de conflitos, que se dividem em três grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A autotutela caracteriza-se por ser um meio primitivo para resolver conflitos, que não garante a justiça, considerando que é a defesa que o próprio indivíduo faz de si mesmo, a partir do uso da força.

Na autocomposição, por sua vez, a resolução do conflito se dá pela presença de um terceiro que ajuda as próprias partes a solucionarem seu conflito. No mecanismo em questão, não há o emprego da força, nem coerção. As partes solucionam o problema a partir do consenso, portanto, as duas restam satisfeitas. Os métodos autocompositivos são: a mediação e a conciliação.

Na heterocomposição há a intervenção de um agente externo à relação do conflito, de forma que as partes não solucionam a controvérsia com independência, é necessária a presença de um terceiro pacificador. Os métodos heterocompositivos são: a jurisdição e a arbitragem. Dentre todos os mecanismos, o foco deste trabalho é a arbitragem, considerada método alternativo, que leva essa definição tendo em vista que o padrão é o processo estatal.

Durante anos houve polêmica quanto a possibilidade ou não do uso da arbitragem envolvendo entes públicos.

A Lei nº 13.129/2015, que reformou a Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem, finalmente colocou um ponto final na polêmica de longa data acerca do cabimento da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública. O § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96 é o responsável por permitir o uso do juízo arbitral em casos envolvendo o Estado.

A arbitragem só pode ser utilizada para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Foi analisado que a indisponibilidade do interesse público

não configura um obstáculo a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, considerando que os meios para atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e são possíveis de escolha pelo administrador, que tem o dever de buscar o melhor meio para atingi-lo.

Também, foi analisado que a arbitragem que envolve a Administração Pública deverá ser sempre de direito, não podendo ser por equidade. Isto se deve ao princípio da legalidade, que define que Administração Pública deve atuar conforme as prescrições legais.

Apesar de o procedimento arbitral ser privado, diferentemente do que ocorre com os processos judiciais, na arbitragem que envolve o Estado, sempre deverá ser observado o princípio de publicidade. Há por determinação constitucional a obrigação de ser assegurada a publicidade na arbitragem da qual a Administração Pública seja parte, considerando que ela tem o dever de gerir os interesses da sociedade.

Assim, conclui-se que, com a reforma da Lei nº 9.307/96, que permitiu que a Administração Pública direta e indireta utilizasse o juízo arbitral para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, além de encerrar a polêmica de longa data, gerou um grande avanço no instituto da arbitragem, bem como influenciou um maior uso dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Marino Sérgio Oliveira. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. **JUSBRASIL**, ago. 2014. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/146770849/da-convencao-de-arbitragem-e-seus-efeitos>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de acesso à Justiça e a Mediação**. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito e Políticas Públicas pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCeub. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2017.

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A Mediação e a Busca pela Efetividade do Acesso à Justiça. **Revista CEJ**. Brasília, DF, ano XVIII, nº 64, p. 32-45, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1937/1861>> Acesso em: 20 maio 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. Os Métodos Consensuais De Solução De Conflitos No Âmbito Do Novo Código De Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15). **Site TJDF**, Brasília, DF, s/n, jun. 2015. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf> Acesso em: 08 jun. 2017.

BEZERRA, Gabriel Corrêa da Costa. **Arbitragem no contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21204/21204.PDF>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004a. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 27 mar. 2017.

CABRAL, Marcelo Maluzia. Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: Instrumentos de Ampliação do Acesso à Justiça. **Coleção Administração Judiciária**, Porto Alegre, v. XIV, jun. 2013. Disponível em <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/colecao_administracao_judiciaria/doc/CAJ14.pdf> Acesso em: 10 jun. 2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. São Paulo: GEN. 2017.

DALE, Izadora Faria Freitas Azeredo. Natureza Jurídica da Arbitragem. **JusBrasil**. abr. 2016. Disponível em: <https://izadoradale.jusbrasil.com.br/artigos/328593576/natureza-juridica-da-arbitragem> Acesso em: 10 jun.2017.

DELUIGGI, Marco; BORGES, Tiago Adão. Arbitragem nos contratos administrativos. **Rio Negócios**, Rio de Janeiro, jan. 2012. Disponível em: <http://rio-negocios.com/arbitragem-nos-contratos-administrativos/>. Acesso em: 21 ago. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contatos administrativos. **Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Acesso em: 16 ago. 2017.

DIAS, Patrícia. Arbitragem como jurisdição no Novo Código de Processo Civil. **JUSBRASIL**, jan. 2017. Disponível em: <https://patriciadiass.jusbrasil.com.br/artigos/420226544/arbitragem-como-jurisdicao-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 21 ago. 2017.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

GOUVEIA, Livia. Princípios processuais constitucionais na arbitragem. **JUSBRASIL**, 2015. Disponível em: <https://ligouveia.jusbrasil.com.br/artigos/203495909/principios-processuais-constitucionais-na-arbitragem>. Acesso em: 20 maio 2017.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, v. 3, n. 2, jul./dez. 2002. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20533>. Acesso em: 20 jun. 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latim, 2003.

JANNIS, André. O que são os meios alternativos de Resolução de Conflitos. **Politize**, s/d. Disponível em: <http://www.politize.com.br/meios-alternativos-resolucao-de-conflitos-o-que-sao/>. Acesso em: 21 ago. 2017.

LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e Conciliação: Reflexões Jurídicas para Juristas e Não-Juristas**. Brasília: Editora Consulex, 2001.

LEMOS, Luciano Braga; LEMOS, Rodrigo Braga. **A Arbitragem e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LIMA, Adriely Nascimento. Convenção Arbitral: cláusula compromissória e compromisso arbitral. **UFES**, S/d. Disponível em: <<http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Semin%C3%A1rio%2030.07%20-%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20arbitragem.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

MAIA, Luciana Estevam de Almeida Maia. O Movimento de Acesso à Justiça e sua Relação com a Busca pelo Litígio. **JUS**, jul. 2009. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13219/o-movimento-de-acesso-a-justica-e-sua-relacao-com-a-busca-pelo-litigio/1>>. Acesso em: 20 maio 2017.

MALAFIA, Evie Nogueira e. Natureza jurisdicional da arbitragem. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, nº 122, ano XVII, mar. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14549&revista_caderno=21. Acesso em: 21 ago. 2017.

MARTINES, Fernando. Lei de Arbitragem completa 20 anos e especialistas apontam rumos para a área. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-24/lei-arbitragem-faz-20-anos-especialistas-apontam-ruos-area>>. Acesso em: 17 maio 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 6 p. 47-81, 2015. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

MELO, Leonardo Campos, BENEDUZI, Renato. **A Reforma da Arbitragem**. São Paulo: Forense, 2016.

MIGALHAS. Administração Pública tende a buscar arbitragem para questões complexas. **Migalhas**, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI224127,51045-Administracao+Publica+tende+a+buscar+arbitragem+para+questoes>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

MOTTA, Kizzy. Vantagens da arbitragem no Direito Minerário. **JOTA**, São Paulo, 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/vantagens-da-arbitragem-no-direito-minerario-27072017>>. Acesso em 2 set. 2017.

OLIVEIRA, Geisa Cadilhe. Técnicas de solução de conflitos: autocomposição e heterocomposição. **Conteúdo Jurídico**, dez. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tecnicas-de-solucao-de-conflitos-autocomposicao-e-heterocomposicao,46327.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santo. Arbitragem e a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, n. 1, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14545/15865>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16218/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Gustavo%20da%20Rocha%20Schmidt%20-%20Aprovado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 maio 2017.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflito e Acesso à Justiça. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.7-11, jul./dez. 2007. Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf. Acesso em: 19 maio 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. **GenJuridico**, mar. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/> > Acesso em: 14 ago. 2017.

SILVA, Adriana S. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do Judiciário**. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96**. Leme/SP: J H Mizuno, 2004.

SOUZA, Vera Leilane Mota Alves de. Breves Considerações Sobre o Acesso à Justiça. **JUS**, abr. 2013. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/24200/breves-consideracoes-sobre-o-acesso-a-justica/1> > Acesso em: 20 maio 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **Agravo de Instrumento nº 52.181, 13 fev. 1974**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14637444/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb/inteiro-teor-103057885?ref=juris-tabs#>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Recurso especial: Resp. 904.813. Processo civil. Recurso especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao edital. Cláusula de foro. Compromisso arbitral. Equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidade. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>. Acesso em: 20 jun. 2017.

TONIN, Maurício Moraes. Razões para o Poder Público utilizar meios alternativos de solução de controvérsias. **ARBITRANET**, fev. 2016. Disponível em: <https://arbitranet.com.br/por-que-o-poder-publico-deve-utilizar-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias/>. Acesso em: 20 jun. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJ-PR. **Conciliação**. s/d. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/conciliacao>> Acesso em: 12 jun. 2017.